

## **OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ARBITRAGEM**

**FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS\***  
*Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça  
e Advogado em Brasília*

Os princípios constituem os fundamentos de todas as ciências, e esse truísmo não poderia deixar de ser reconhecido na ciência jurídica. São eles os alicerces e as pilastras, nos quais se assenta todo sistema jurídico. Daí a importância de seus enunciados e de suas interpretações corretas, pelo menos daqueles que de forma ostensiva e absoluta orientam a conduta dos agentes nas relações jurídicas e na geração, interpretação e aplicação dos atos e da normatividade pertinente.

Na verdade, é de tal intensidade sua importância que qualquer ato, fato, ou mesmo regra simples de direito, no confronto com um princípio, cessa sua efetividade, ou sofre restrições, de modo a se coadunar com o vetor principal.

"Os *princípios* obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento", ensina Eros Grau.<sup>1</sup>

Dividimos os princípios aplicáveis à arbitragem segundo sua vertente como instituto jurídico e sua feição como meio ou técnica de solução de controvérsias equivalente ao instrumento processual estatal. Vejamos os primeiros.

Temos que dois princípios são pilares básicos do juízo arbitral, como instituição, porque dão sustentáculo a sua concepção desde sua

---

<sup>1</sup> In "O Direito Posto e o Direito Pressuposto", São Paulo, Editora Malheiros, 1996, p. 78.

formulação teórica, sua instauração e sua instrumentalidade: o princípio da **autonomia da vontade** e o princípio da **boa-fé**.

É sabida e consabida a importância que a vontade jurídica desempenha nas relações sociais disciplinadas pelo direito. A vontade é força criadora de direitos e obrigações. E a vontade jurídica nada mais é do que a projeção da vontade humana, manifestada livremente, capaz de produzir efeitos na esfera jurídica. Para o Professor Irineu Strenger, "embora possa haver aparência de defesa de uma metafísica libertária ou voluntarista no plano do direito", diz ele, "admitimos como sustentável em seus substratos o postulado segundo o qual a noção fundamental do direito é a liberdade, ou seja a autossusibilidade de determinar-se, porquanto o homem é sujeito de direito porque ele tem essa possibilidade e essa possibilidade existe porque ele tem uma vontade."<sup>2</sup>

Os efeitos decorrentes do exercício da autonomia da vontade podem ser aqueles previamente ordenados pelos estatutos elaborados e aprovados pelo Estado, mas muitos outros efeitos podem ainda ser produzidos, no âmbito do império da liberdade do ser humano.

Essa idéia está desenvolvida pelo Professor Strenger, com apoio em Vicente Ráo, na sua conhecida monografia sobre a "autonomia da vontade" onde se lê:

Em que pese o empenho das correntes objetantes do valor e da possibilidade do prevalecimento do princípio da autonomia da vontade por força da infiltração do Estado nos negócios privados, bem justifica Vicente Ráo ao observar que o problema não pode ser colocado em termos simplistas, visto que a autonomia da vontade não se exerce, apenas, no campo delimitado pela lei, nem se aplica tão-só aos contratos nominados ou inominados, pois melhor se qualifica como expressão de um poder criador que atua de conformidade com o ordenamento jurídico, ou sob as sanções por este ordenamento estabelecidas padecendo

---

<sup>2</sup> In "Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, setembro de 1968, pp. 45/46.

maiores ou menores limitações, mais graves ou menos graves cominações, segundo a relação e que se trate.<sup>3</sup>

No instituto da arbitragem, ainda que objeto de regulamentação estatal parcial ou matéria de vários tratados internacionais, é todo ele moldado, instituído e movimentado pela força criadora da vontade. A vontade é a raiz do que se pode chamar de direito arbitral. A vontade, como se verá, é capaz de produzir a própria lei da arbitragem.

Com efeito, a solução natural dos conflitos é confiada ao Estado. O juízo arbitral é tido como um substitutivo, a encontrar sua motivação primária na vontade das partes conflitadas ou potencialmente conflitáveis. É no convênio arbitral, seja um contrato arbitral, uma cláusula contratual de compromisso arbitral ou no compromisso propriamente dito, onde se encontra a gênese da arbitragem no plano concreto. Na ausência de um convênio arbitral, por falta de manifestação especial de vontade nesse sentido, diante de um litígio, em que os lidiadores também não expressem sua vontade de autocompor-se ou de renunciar, a lide somente poderá ser composta na jurisdição do Estado. Logo, é a vontade que cria concretamente o instituto, dá-lhe vida e o movimenta.

Mauro Rubino-Sammartano, a escrever sobre a arbitragem internacional, diz o seguinte:

La fonte principale dell'arbitrato internazionale resta peraltro la volontà delle parti. Essa è infatti fondamentale sia che si consideri l'arbitrato come avente natura contrattuale, (appunto in quanto derivante dalla convenzione delle parti), sia che gli si attribuisca natura processuale, ossia di mezzo attraverso il quale l'ordinamento giunge alla produzione di una decisione.

La volontà delle parti in materia arbitrale non si esprime peraltro solo nel ricorso all'arbitrato, (fase in cui essa è equiparabile al ricorso all'autorità giudiziaria e si limita ad

---

<sup>3</sup> Obra citada na nota anterior, pp. 49/50.

avvalersi degli strumenti giuridici messi a disposizione dall'ordinamento per la soluzione delle controversie). La volontà delle parti rivela prima ancora, là dove essa dà vita alla convenzione arbitrale. Tale sua manifestazione, che assume appunto la forma della clausola compromissoria o dei compromesso, costituisce la fonte principale del diritto arbitrale.

Infine la volontà delle parti può creare essa stessa (in alternativa alla scelta di una legge procedurale nazionale o al riferimento ai regolamenti di una istituzione arbitrale o al *trunc commun* delle legislazioni processuali nazionali delle parti) la legge procedurale, dettando un regolamento *ad hoc*, e la legge sostanziale.

La volontà delle parti è quindi allo stesso tempo un elemento essenziale perché sussista una procedura arbitrale e la fonte regolatrice della legge procedurale della sostanziale della stessa.<sup>4</sup>

A nova lei brasileira (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), orientada para privilegiar a vontade da parte, dá realce a esta vertente significativa da liberdade, que é a autonomia da vontade. Nela se assenta, como negócio jurídico, a convenção de arbitragem, seja a cláusula compromissória ou o compromisso, conferindo-se à arbitragem uma natureza privada e jurisdicional, ao mesmo tempo. Com efeito, como fruto da manifestação da vontade a convenção de arbitragem expressa, em primeiro lugar, uma escolha, uma opção, pela qual as partes deixam de lado a jurisdição estatal, substituindo-a pela jurisdição arbitral, que vai dizer o direito para a solução da controvérsia.

De outro lado, são livres as partes para a opção entre a arbitragem de direito, ou seja, a solução do conflito com base em princípios e normas jurídicas, bem assim a arbitragem em que a decisão tenha a equidade por fundamento. Esta liberdade de escolha está estabelecida na lei brasileira, no *caput* do art. 2º. Mais do que isso, na arbitragem de direito, as regras jurídicas aplicáveis, assim entendidos os princípios de direito, as normas expressas em lei, os usos e costumes, as

---

<sup>4</sup> In "L'Arbitrato Internazionale", Padova, Cedam, 1989, pp. 85/86.

regras internacionais de comércio e os regulamentos corporativos, serão livremente escolhidas pelas partes, sendo a expressão da vontade limitada apenas pelos bons costumes e pela ordem pública. Compreenda-se os bons costumes como um desdobramento da concepção da ordem pública. "Como os bons costumes são os que se podem inferir dos preceitos da moral, resultantes da aplicação da moral conforme a entendem os povos cultos," – diz a Professora Maria Helena Diniz – "o critério para considerar algo ofensivo aos bons costumes deverá basear-se em fatos, ou seja, avaliar o grau médio de moralidade do povo, o de civilização e o desenvolvimento da legislação."<sup>5</sup>

O princípio da ordem pública, limitador do princípio da autonomia da vontade, consoante expressam os autores que se vêm compelidos a identificá-lo, não tem definição firme e geral, isso porque, segundo a filosofia, a moral e o direito, é relativo seu conceito. Varia conforme o lugar, o tempo, o modelo social, a organização estatal, e outras ponderáveis políticas, morais, sociais, religiosas e jurídicas. Ainda de acordo com a lição da mestra atrás citada, são *normas de ordem pública*, no direito brasileiro, aquelas "que fixam, atendendo os interesses da coletividade, as bases jurídicas fundamentais em que repousa a ordem econômica e moral da sociedade, uma vez que são atinentes ao estado e à capacidade das pessoas; à organização da família; aos princípios básicos da ordem de vocação hereditárias, da sucessão testamentária, como os relativos à legítima e à proibição de pactos sobre sucessão futura, do direito de propriedade, da responsabilidade civil, da liberdade e da igualdade dos cidadãos, da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; e à organização política, administrativa e econômica do Estado;

---

<sup>5</sup> In "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada", São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 355.

à composição do domínio público; à proteção especial do operário; à correção monetária;..."<sup>6</sup>

No âmbito internacional, há uma forte corrente doutrinária que defende a existência de uma ordem pública internacional, disciplinada em cada Estado, tais como, entre nós, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, que se encontra expresso na constituição brasileira, e inclusive uma ordem pública transnacional. Esta é, como ensina Pierre Lalive, "diretamente afetada por um tipo de comportamento contrário a princípios cujas bases éticas e legais estão amparadas em amplo consenso"<sup>7</sup> Com apoio em laudos arbitrais de conhecidas instituições, lembra o autor que a escravidão e a corrupção são exemplos daquele comportamento contrário a uma ordem pública transnacional.

É ainda o princípio da autonomia da vontade determinante da matéria objeto da arbitragem, dentro da esfera dos direitos disponíveis, isto é, daqueles acerca dos quais para sua aquisição, cessão, oneração, transação e disposição, não enfrenta o titular qualquer restrição legal ou não depende a parte de qualquer providência do Estado.

A autonomia da vontade, na arbitragem, se reflete tanto no direito substantivo (art. 2º), como nas regras de seu desenvolvimento ou procedimento, como consta da lei (art. 21).

Com efeito, além do permissivo para a arbitragem realizar-se sob a regência do direito e da equidade, a critério das partes, a lei faculta a estas eleger, livremente, as regras de direito a serem aplicadas, dê, ainda, que não ocorra violação "aos bons costumes e à ordem pública". Mais ainda, as partes poderão convencionar que a arbitragem se realize com base nos "princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas

---

<sup>6</sup> In "Tratado Teórico e Prático dos Contratos", vol. I, São Paulo, Editora Saraiva, 1993, p.61.

<sup>7</sup> In "Ordem Pública Transnacional e Arbitragem Internacional: conteúdo e realidade da ordem pública transnacional na prática arbitral", artigo traduzido por Paulo Borba Casela e publicado na Revista do Direito do Comércio e das Relações Internacionais, vol. I, Rio, Editora Forense Universitária, 1989, pp. 25/69.

regras internacionais de comércio." Tais são as normas que se acham postas no art. 2º e seus parágrafos da lei de arbitragem.

A eleição das normas de direito, em um contrato internacional, faculta aos pactuantes a escolha da lei do país de qualquer um dos contratantes ou a lei de um terceiro país, ou, ainda, de um estado federado, como é o caso dos Estados Unidos da América do Norte, respeitada apenas a ordem pública, seja esta plasmada em normas positivas ou em meros princípios protetores de conceitos fundamentais de justiça e moral. A liberdade de escolha de tais normas está plenamente assegurada nos parágrafos 1º e 2º, do art. 2º, que assim dispõem:

- Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública;
- Poderão, também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Vê-se que, além da escolha entre sistemas jurídicos de qualquer um dos países onde as partes contratantes do contrato internacional têm sede, ou onde o contrato foi firmado, ou onde deva ser executado, ou de um terceiro país, as partes podem ainda simplesmente optar pela realização de uma arbitragem com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, sem vinculação a qualquer sistema jurídico específico.

Note-se que as duas primeiras fontes, princípios gerais de direito e usos e costumes, são fontes canonizadas como tal nos sistemas jurídicos em geral. Ainda que não explícitos, os princípios gerais de direitos, tais como a boa-fé, a equidade, a própria autonomia da vontade, a justiça contratual, são dogmas aceitos na quase totalidade dos sistemas jurídicos, sejam filiados a "common law", sejam, como o nosso, perfilhados ao sistema romano-germânico, ou a "civil law".

A última fonte, isto é, as regras internacionais de comércio são fontes que podem ser colhidas em estatutos jurídicos, tais como tratados e convenções, e em instrumentos particulares, escritos e divulgados por instituições, associações, corporações, jurisprudência das cortes arbitrais, etc. Tais regras, excluídos, naturalmente, os tratados e convenções, que internados automaticamente ou através de alguma norma nos diversos países comprometidos passam a fazer parte de seus ordenamentos jurídicos, compõem a chamada "*lex mercatoria*". Compreenda-se por "*lex mercatoria*" um conjunto de princípios gerais e de regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas para o comércio internacional, sem vinculação a qualquer sistema jurídico, conforme conceituação do mais notável dos estudiosos desse conjunto de regras anacionais, Berthold Goldman.

A escolha dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e das regras internacionais de comércio, permite, no âmbito do contrato internacional, a existência do chamado contrato sem lei, vedado em muitos países quando deva ser submetido ao Juízo Estatal, porém, aceito, ainda que com algumas reservas, nos contratos internacionais com cláusula de arbitragem.

A opção facultada pela lei brasileira conduz portanto à existência de contratos regidos pelos princípios gerais de direito, além, naturalmente de suas próprias cláusulas, como, por exemplo, a boa-fé, que, como adiante se verá, também é um princípio geral no campo obrigacional e o equilíbrio nas relações contratuais – que nada mais é do que a justiça contratual –, pelos usos e costumes, também aplicados pelo juízo estatal, e pelas regras internacionais de comércio, inclusive a "*lex mercatoria*", antes definida.

No campo dos contratos internos ou nacionais, em oposição aos internacionais, creio não ser possível o abandono do modelo legal, que é, mais do que a regra, a norma das relações sociais.



Não tenho nenhuma dúvida quanto à aplicação, nas arbitragens internacionais, das normas e das regras previstas na lei de arbitragem. Tocante às arbitragens internas, a questão merece reflexões, porque o modelo eleito para a disciplina das relações sociais, no País, é o direito escrito, como já disse, admitindo-se a aplicação dos princípios gerais de direito e dos usos e costumes, apenas na omissão da lei, hipótese em que é válido também o recurso à analogia (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

A aplicação de algumas destas regras, por outro lado, pode gerar certa perplexidade, como o costume "*contra legem*", não aceito pelos sistemas jurídicos cuja fonte primária é a lei e repellido, inclusive, nos países filiados ao "*common law*", segundo Roscoe Pound em sua obra "EI espírito deI 'common law'" (tradução de José Puig Brotau, Barcelona, Bosch, s.d.).

Estas novidades da nova lei de arbitragem, no plano doutrinário e talvez jurisprudencial ainda provocarão, de certo, muitas discussões. Os comentadores da lei de arbitragem têm sido reticentes tocante à autonomia da vontade na eleição da lei de fundo do contrato nacional e da arbitragem, no âmbito interno, porém, soa-me estranho, por exemplo, num contrato de cessão de crédito com cláusula de arbitragem, firmado no Brasil, entre empresas brasileiras, ainda que a legislação brasileira não discipline expressamente aquela cessão, aplicar-se a lei portuguesa, por escolha das partes. Ou, firmado um contrato de seguro de vida ou de acidentes, com cláusula de arbitragem, assinado no Brasil, entre partes nacionais, se estipule a aplicação da lei francesa ou do direito americano. Ou, ainda, firmado um contrato assinado no País, com cláusula de arbitragem, entre um produtor rural de trigo ou milho e uma indústria de alimentos, ambos sediados no Brasil, convencie-se que o pacto e a eventual arbitragem observem as regras da *Grain and Feed Trade Association* (ex-London Com Trade Association).

Paulo Borba Casela considera descabida a divergência de regência legal entre nós, uma para os contratos internos apreciáveis no foro judicial e outra para os contratos internos com cláusula de arbitragem, e conclui aquele autor:

Ora, longe de ser cabível diversidade essencial de regência legal em se tratando de contratação relativa a direitos patrimoniais disponíveis, de caráter estritamente interno, passa a fazer falta, em nosso ordenamento, dispositivo comportando a distinção entre arbitragem de caráter interno e internacional, na qual se regeria a primeira pelo direito interno e a segunda podendo optar pela regência do direito interno, por sistema alienígena, bem como pela solução de controvérsias por equidade, segundo os princípios gerais do direito, ou ainda segundo usos e costumes e regras internacionais do comércio.<sup>8</sup>

Em comentário sobre a lei brasileira, *"Le nouveau régime de l'arbitrage au Brésil"*, publicado em uma revista especializada francesa, o advogado brasileiro, Dr. João Bosco Lee, DEA de Droit International, Université Panthéon-Assas (Paris TI), faz os seguintes comentários sobre o tema:

Bien plus, le paragraphe 2 de l'article 2 prévoit que les parties peuvent établir se réalise selon les principes généraux du droit, des usages et coutumes et les règles internationales de commerce.

Toutefois, les deux alinéas de l'art. 2 suscitant des problèmes d'interprétation et présentent une lacune. Tout d'abord, s'il est certain que, dans le domaine de l'arbitrage international, la faculté pour les parties de choisir le droit applicable au fond du litige est un principe reconnu par la plupart des systèmes juridiques, il n'est pas pour autant le même pour l'arbitrage interne. La loi nouvelle s'appliquant à tous les arbitrages, et ne définissant pas l'arbitrage international (68), on pourrait soutenir que le législateur a voulu étendre la liberté de choix du droit applicable à l'arbitrage interne. Cette théorie est cependant dépourvue de réalisme, car à l'arbitrage interne s'impose le droit interne (69). A l'exemple de la loi néerlandaise (70), la possibilité pour les parties de choisir le droit applicable au

---

<sup>8</sup> In "Arbitragem: entre a praxe internacional, integração no Mercosul e o direito brasileiro", artigo que integra a coletânea "Arbitragem a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional", São Paulo, Editora LTr, 1997, p. 173.

fond du litige est une règle destinée à l'arbitrage international.<sup>9</sup>

Jean-Christophe Pommier, em sua tese de doutor em direito a respeito do tema, ensina que não se admite a internacionalização de um contrato, objetivamente internado, pela escolha da lei estrangeira (*"Le contrat de choix n'est alors autorisé que pour les seuls contrats réellement internationaux. C'est en ce sens qu'une doctrine dominante, une jurisprudence cependant assez rare, des codifications nationales se prononcent."*<sup>10</sup>).

A legislação italiana se apresenta muito clara a respeito. O artigo 822 do Código de Processo Civil daquele País, tratando da arbitragem interna, com a redação dada pela Lei nº 25, de 5 de janeiro de 1994, dispõe que os árbitros decidirão segundo a norma de direito (*"secondo le norme di diritto"*), salvo a autorização das partes para a decisão segundo a equidade. E o artigo 834, igualmente com a redação dada pela nova lei de arbitragem, a dispor sobre a arbitragem internacional, consigna a faculdade das partes de estabelecer a norma que deve ser aplicada (*"Le parti hanno facoltà di stabilire d'accordo tra loro le norme che gli arbitri debbono applicare ao merito della controversia oppure di disporre che gli arbitri pronuncino secondo equità. Si le parti non provvedono, se applica la legge com la quale il rapporto e piu strettamente collegato. In entrambi i casi gli arbitri tengono conto delle indicazioni del contratto e degli usi del commercio."*)

O Prof. Paulo Borba Casela assim como a Profª. Nádia de Araújo<sup>11</sup> parecem, todavia, admitir que regras internacionais, como os princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais elaborados pelo Instituto para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT, sediado

---

<sup>9</sup> In "Revue de l'Arbitrage" nº 2, de 1997, pp. 198/228.

<sup>10</sup> In "Principe d'Autonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventionnel", Paris, Editora Economica, 1992, pp. 133/134.

<sup>11</sup> Ver os trabalhos de ambos autores na obra coletiva "Arbitragem a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional", citada na nota 8, anterior.

em Roma, aprovados em 1994, sejam adotadas como lei do contrato, pela vontade das partes, seja nos contratos internacionais, do que não se tem dúvida, seja nos contratos internos. A propósito de tal posicionamento, o já citado João Bosco Lee traz em seu artigo esta opinião:

La solution est séduisante: appliquer à l'arbitrage interne des principes et des règles du commerce international. Toutefois, l'application même de la *lex mercatoria* ou des principes d'UNIDROIT préssuppose l'existence d'un arbitrage international. Ainsi, à l'arbitrage interne on appliquerait la loi interne du siege de l'arbitrage, sans que les parties puissent choisir une autre regle de droit quelconque.

Claro que ao procurar-se aplicar a lei interna é possível não se encontrar o comando legislativo necessário. Na verdade, alguns contratos modernos, como o próprio contrato de "leasing" não mereceram ainda um tratamento legislativo completo ou, como o contrato denominado de "joint venture" ou ainda a cessão do contrato, não foram disciplinados em lei, e, certamente, a maioria deles dispensa essa positivação. Outros, sequer, não são praticados como a "garantia a primeira demanda". Justificar-se-ia, entendo eu, em certos casos, diante da lacuna da lei, a aplicação com base no art. 4º da LICC, dos usos e costumes do comércio e dos princípios gerais do direito e da própria disciplina do contrato, como fonte de Direito, "ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem", segundo a lição de Mestre Reale.<sup>12</sup> Lição do Professor Arnoldo Wald também autoriza esse ponto de vista:

A liberdade contratual permite a criação de contratos atípicos, ou seja, não especificamente regulamentados pelo direito vigente, importando na possibilidade para as partes contratantes de derrogar as normas supletivas ou dispositivas, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> In "Fontes e Modelos do Direito", São Paulo, Editora Saraiva, 1994, pp. 2 e 12.

<sup>13</sup> In "Obrigações e Contratos", São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1994, p. 152.

Quanto à escolha, em um contrato e arbitragem nacionais, de um direito estrangeiro como lei do contrato e, conseqüentemente, da arbitragem, entendo não ser possível.

Em abono desta posição, cita-se mais uma vez Pommier:

En présence d'un contrat interne, la seule loi compétente susceptible de le régir est celle de cet ordre juridique interne vers lequel tous les points de rattachement convergent. De facto de principe de l'autonomie de la volonté du droit interne (ou du principe de la liberté des conventions) autorise alors seulement les parties à remplir les blancs de leur contrat, laissés par cette loi dans les matieres supplétives ou facultatives, par toutes stipulations de leur choix qui, le cas échéant peuvent être empruntées à une législation étrangere. Le choix de cette loi étrangere, incorporée au contrat, n'est cependant pas un choix conflictuel (kollisionsrechtliche Verweisung), mas un choix matériel (materiellrechtliche Verweisung), car aucun problemes de droi international privé ne se pose.<sup>14</sup>

Relativamente à arbitragem internacional, volta-se a repetir que ampla é a liberdade dos pactuantes, fundando-se a arbitragem, seja no plano material, seja no plano formal, na vontade, respeitando-se apenas os costumes e a ordem pública, com seus desdobramentos.

Não é demais lembrar que a lei geral de arbitragem cuida apenas da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Essa norma de natureza geral não exclui a possibilidade de estender-se a arbitragem ao âmbito do direito público, no Brasil, dès que lei especial disso trate, sendo oportuno recordar que a lei das concessões, a lei de licitações, admitem a adoção da arbitragem em contratos administrativos e, nos contratos externos das pessoas jurídicas de direito público, é comum a inserção de cláusula arbitral.

Assim a lei geral contém um limite à manifestação da vontade, em razão da matéria objeto da arbitragem, o que se está a chamar de "arbitrabilidade". Apenas os direitos patrimoniais disponíveis estão

---

<sup>14</sup> Obra citada na nota 10, p. 135.

sujeitos ao julgamento privado. Daí dizer-se que a arbitragem não alcança os litígios sobre o estado e a capacidade das pessoas. Destarte, as questões de família ficam à margem da arbitragem, sendo de sublinhar apenas que os litígios sobre o *quantum* de alimentos entre pessoas capazes, seja a verba de alimento oriunda do casamento, do parentesco ou de lesão a direitos, podem ser compostos através da arbitragem, porque a indisponibilidade somente atinge à renúncia aos alimentos, sendo o *quantum* sujeito a transação. Logo, solucionável por via negocial a diferença. Tocante ao direito de sucessão tenho que a arbitragem não pode ser eleita como via de solução de controvérsia. Questões falimentares, em princípio, também não podem ser resolvidas pela via da arbitragem.

É de observar-se, ainda, que a arbitragem está ao alcance de entes despersonalizados, tais como os condomínios em edifício, o espólio e as sociedades de fato, porquanto estes entes, podendo contratar, têm a capacidade de estar em juízo, e, conseqüentemente, a possibilidade de optar pela arbitragem.

Quanto aos direitos do consumidor, é importante a conciliação entre as duas leis, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem.

Aquele considera nula cláusula de arbitragem em contrato sujeito àquele código. Este, que é lei posterior, admite a cláusula compromissória nos contratos de adesão, mas somente lhe confere eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, por escrito em documento anexo ao contrato ou em negrito, com sua assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4º, par. 2º). Ora, sabe-se que a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2º, par. 2º da LICC), assim está em vigor a disposição proibitiva do Codecon. Porém,

nada obsta a instituição da arbitragem através da outra modalidade de convenção arbitral, que é o compromisso arbitral. Desta forma, entendo possível a arbitragem de controvérsias sobre direito do consumidor, dê que instituído o juízo arbitral através de compromisso. Sobre o último tema faço apenas uma única observação limitativa da manifestação da vontade, qualquer que seja a natureza do contrato, internacional ou interno: a lei de fundo da arbitragem há de ser o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (Lei nº. 8.078, de 11.9.90); jamais qualquer outra norma, até porque o Codecon se qualifica como lei de ordem pública.

Surge, agora, por lei expressa a disciplinar o Sistema de Financiamento Imobiliário (Lei nº. 9.514, de 20 de novembro de 1997), a clara opção para a solução de controvérsias das questões relativas a contratos de financiamento imobiliário, pela via arbitral. É o que dispõe o artigo 34, deste teor:

Os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996.

Tenha-se apenas o cuidado de observar que se a lei mandou observar a lei geral nº 9.307/96, e, tratando-se de contrato de adesão como de fato se trata, deve ser aplicado o § 2º do artigo 4º, desta lei, que determina somente ter eficácia a cláusula compromissória, nos contratos de adesão, se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especial para essa cláusula. A cláusula compromissória pode, assim, ser firmada em contrato de arbitragem apenso ao contrato principal de financiamento ou com a cláusula em negrito, no caso de contrato único, ou ainda com o visto especial, a expressar a concordância do aderente, ou seja, do financiado.

Resta, entretanto, uma gama imensa de matéria jurídica, cujas controvérsias, por força do princípio da autonomia da vontade, podem vir a ser submetidas ao juízo arbitral, em especial, na área do direito comercial, a qual excluída a matéria falencial e de liquidação de instituições financeiras, toda ela se situa no âmbito da arbitragem.

A autonomia das partes se revela, ainda, no instrumento da arbitragem, isto é, no processo arbitral. Em primeiro lugar, cabe às partes optar pela arbitragem institucional, através de uma cláusula de arbitragem cheia, onde se indique, de pronto a opção da arbitragem segundo as regras de uma determinada corte, centro ou câmara arbitral, mantida por alguma instituição, ou a arbitragem "*ad hoc*", compromissada através de uma cláusula vazia, ou seja, que não indique órgão arbitral previamente existente para resolver a diferença.

Na última hipótese, pende, destarte, da vontade das partes interessadas a escolha dos árbitros, direta ou indiretamente, sujeita apenas à confiança inspirada a elas pelas pessoas habilitadas a arbitrar a questão ou, no primeiro caso, pela instituição incumbida de fazer a arbitragem, sem nenhuma ofensa ao princípio do juízo natural, na conformidade da lição de Nelson Nery Junior: "O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional."<sup>15</sup>

Deveras, o que há é uma opção a estuários que começam a ser encarados como naturais, do acesso à Justiça, posto ser natural, que, em ambas situação, não há obstáculo à Justiça, seja postulada ao Estado, seja à própria sociedade. De real, o que há é a substituição da jurisdição estatal pela jurisdição privada, exclusivamente, pela vontade das partes,

---

<sup>15</sup> In "Princípios do Processo Civil na Constituição Federal", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 77.



sem nenhuma imposição legal ou judicial, e nenhuma eiva de excepcionalidade no juízo arbitral.

A liberdade conferida às partes e ao próprio árbitro de escolher o procedimento é uma tendência adotada no direito de outros países, tais como a França, Espanha, Portugal e, mais recentemente, a Itália.

No mesmo plano de liberdade quanto às modalidades de arbitragem e escolha de uma arbitragem institucional ou *ad hoc*, as partes têm o direito de estabelecer o procedimento que deve reger o andamento ou a tramitação da arbitragem, fazendo-o na convenção de arbitragem, podendo escolher as regras de um órgão arbitral institucional, como por exemplo, um regulamento de uma das várias câmaras ou centros de arbitragem que já existem no País, se a arbitragem for nacional, ou o regulamento de um centro internacional, como a Câmara de Conciliação e de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), de Paris, ou da *American Arbitration Association*, se a arbitragem for internacional, ou delegar ao próprio árbitro ou tribunal arbitral a disciplina do andamento da arbitragem (art. 21 da Lei de Arbitragem).

A regulação desse processo, aliás, em face da omissão das partes, cabe ao árbitro ou ao tribunal (art. 21, par. 1º), nada havendo a obstar que ainda as partes, antes de iniciada, na prática, a arbitragem firmem um aditivo à convenção para escolher o chamado procedimento (v. o parágrafo único do art. 19).

De realçar, ainda, apesar da falta de coercitividade da sentença arbitral, a expectativa de seu cumprimento, voluntariamente, seja porque a parte optou pelo juízo arbitral por seu livre arbítrio, seja porque o outro princípio de que se expressou no começo norteia a conduta das partes na arbitragem: a boa-fé.

Alia-se ao princípio da autonomia da vontade o da boa-fé, presente em qualquer sistema jurídico e de elevada significação na arbitragem. Ninguém põe em dúvida que, para o homem comum, a única vantagem apontada na jurisdição estatal sobre a jurisdição privada é a aparente segurança, pelo menos psicológica, que a tradição e o conservadorismo manifestam. Deveras, com toda deficiência e demora, a Justiça do Estado tende a transparecer a sensação de que oferece garantia de imparcialidade, sem qualquer influência religiosa, econômica, política ou social ou de qualquer outra natureza sobre seus julgadores. E mais, a força coativa de seus pronunciamentos impõe aos contendores o temor reverencial que as pessoas razoavelmente responsáveis têm dos detentores do poder.

A boa-fé, entretanto, reequipara as condições entre o juízo estatal e o juízo arbitral, pois dela deriva um clima de ausência de combate entre as partes, de respeito pelos direitos recíprocos e pelos árbitros, bem assim de absoluta confiança nos últimos.

A expressão boa-fé pode entender-se em dois sentidos: em sentido lato, que está a indicar conceito variado, nem sempre preciso, mas que expressa correção, lealdade ou honestidade, é o contrário de má-fé, isto é, daquela situação reveladora da intenção, consciente, de prejudicar alguém e em certas circunstâncias a boa-fé pode ser sinônima de equidade; em sentido estrito, é um conceito jurídico, cujo substrato é a escusabilidade do erro.

Os códigos de direito substantivo moderno, ao contrário dos antigos, afirmam a preponderância da boa-fé nas obrigações, consoante se encontra no artigo 1.372 do Código Civil de Quebec, em vigor a partir de 1994 (*"la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de non extinction"*), ou no artigo 6.2 do Código Civil Neozelandês, em vigor desde 1993. O mesmo se encontra nos princípios relativos ao comércio

internacional elaborados pelo UNIDROIT, artigo 1.106 (*"dans l'exercice de ses droits et l'exécution de ses obligations, chaque partie est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi", "good faith and fair dealing"*, na versão em língua inglesa).

Este princípio de direito informa, estrutura e vivifica a arbitragem, nela prevalecendo sempre a boa-fé.

Dir-se-ia que os princípios da autonomia da vontade e o da boa fé, conforme delineados, reforçariam a natureza exclusivamente contratual da arbitragem, porém não é demais lembrar que os mesmos princípios são presentes em todo desenrolar do juízo arbitral, tanto na sua fase embrionária, de mera previsão de litígio futuro, até o seu desenrolar, ante um efetivo conflito entre partes, e sobretudo o cumprimento da decisão arbitral. Quem faz opção pela arbitragem, dentro dos limites de sua liberdade, pressupõe-se que o faz de boa-fé e, deste modo, se rende à jurisdição privada e tem o propósito de cumprir o decidido, independentemente de coação através da jurisdição do Estado.

Indiscutível é a constitucionalidade do juízo arbitral, defendida unanimemente pela doutrina atual e declarada na vigência de diversos ordenamentos constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, aguardando-se para breve um novo pronunciamento da Corte Constitucional a respeito da lei atual, em toda sua extensão. Daí é lógico inferir-se figurar o juízo arbitral como instituto de tutela jurisdicional e, portanto, sujeito à disciplina constitucional assecuratória do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e demais garantias fundamentais.

Oportuno, por isso, é o exame dos princípios que devem ser observados no âmbito do processo de arbitragem.

É de avivar-se que a arbitragem é processo bem menos formal do que o judicial (tenho afirmado que não se aplica subsidiariamente o

Código de Processo Civil à arbitragem), razão pela qual, com mais liberdade, os árbitros, com a colaboração das partes, impulsionam o processo, até porque a arbitragem sempre tem prazo para findar, convencional ou legal, sendo este de seis meses, prorrogável (art. 23, da lei em tela).

É preciso, entretanto, realçar que no procedimento, qualquer que seja, não podem ser maculados os princípios fundamentais do processo, ou seja aqueles arrolados no par. 2º do art. 21 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a saber, **o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento**, sob pena de nulidade da sentença arbitral (art. 32, VID), decretável em ação própria a ser ajuizada no prazo de decadência de 90 (noventa) dias, após a notificação da sentença, ou em embargos do devedor, se houver execução judicial da sentença arbitral (art. 33 e parágrafos).

Assegura, pois, a lei específica, na observância de princípio fundamental contido na Constituição, o contraditório, no juízo arbitral. A Justiça somente poderá ser distribuída correta e eqüitativamente se ouvidas ambas as partes, se ambas tiverem a mesma oportunidade de apresentar razões e produzir provas. É o princípio da audiência bilateral, na dialética do processo. As partes, consoante preleção de Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, "em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de 'colaboradores necessários'; cada um dos contendores age no processo tendo em vista ao próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justa solução da lide".<sup>16</sup> Com maior razão essa cooperação deve ocorrer na arbitragem, onde não há o clima de antagonismo, a encerrar-se com uma sucumbência. Para tanto precisam ser, necessariamente, ouvidas as partes, em todo correr do processo arbitral.

---

<sup>16</sup> In "Teoria Geral do Processo", 6ª. edição, 3ª. tiragem, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 25.

É manifesto não poder uma parte deixar de ser ouvida sobre as alegações da outra, não poderem realizar-se os atos no processo arbitral, tais como as audiências, as vistorias, as inspeções, sem que as partes tenham a oportunidade de estar presentes, não excluir-se da apreciação da outra parte a exibição de um documento ao árbitro, e assim por diante.

Na jurisdição arbitral, muito importante é a participação das partes, porquanto, de acordo com a observação dos espanhóis Chillón Medina e Merino Merchán, ao expor sobre o princípio da iniciativa comum: "No se da en el procedimiento arbitral el sujeto que normalmente lleva la iniciativa (actor) y el sujeto que se opone (demandado), sino que, tal como está estructurado el arbitraje, la iniciativa es común y simultánea."<sup>17</sup> De fato, não há, no juízo arbitral, autor e réu.

O princípio da igualdade das partes é, de certo modo, um corolário do princípio do contraditório, ou, o contrário, o contraditório é um corolário deste. Tais princípios se interrelacionam e têm postulados positivados na esfera constitucional e no sistema jurídico em geral, sendo obrigação daquele que dirige, por exemplo, o processo estatal "assegurar às partes igualdade de tratamento" (CPC, art. 125, I). A imposição, no direito arbitral, é obviamente a mesma.

Outro corolário do princípio do contraditório é o princípio do direito à prova. A prova é um meio para obter-se a certeza de um determinado fato. Sem a oportunidade de a parte fazer a prova do fato alegado, o contraditório resulta inócuo. Todavia, como a arbitragem é um processo informal e, tanto quanto possível, célere, não se há de tolerar abusos nos pedidos de prova, nem tampouco alegação de nulidade sob o fundamento de cerceamento do direito à prova.

---

<sup>17</sup> In "Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional", Madrid, Editorial Civitas, 1978, p.188.

O elenco dos direitos de defesa é, por óbvio, consagrado, na arbitragem internacional, sendo de lembrar que a Convenção de New York, de 1958, arrola dentre os motivos impeditivos do *exequatur* de uma sentença estrangeira a impossibilidade de a parte contra a qual se invoca a sentença arbitral não ter podido, por qualquer razão, fazer valer seus meios de defesa (artigo V.I.b), e o novo Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, em vigor a partir de 1º de janeiro de 1998, em seu artigo 15, consagra aqueles princípios nestas palavras : "*Dans tous les cas, le tribunal conduit la procédure de maniere équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait eu la possibilité d'être suffisamment entendue*".

Dentre os princípios gerais do direito processual, é de destacar-se o princípio da imparcialidade do julgador e o da persuasão racional do juiz, sem prejuízo da análise da livre investigação das provas, da preclusão e do impulso processual. O mesmo se dá na arbitragem.

Exige a lei de arbitragem que o árbitro, além de outros requisitos, seja imparcial e independente (art. 13, § 6º). A imparcialidade é, pois, princípio a ser observado no processo arbitral (art. 21, § 2º) e condição de sua validade (art. 32, VIII). O já citado Mauro Rubino-Sammartano, a propósito, acentua:

Un requisito fondamentale dell'arbitro è la sua imparzialità. L'arbitro infatti avendo dei poteri simili a quelli dei giudice, e a volte più ampi, deve collocarsi rispetto alle parti in posizione di assoluta imparzialità<sup>18</sup>.

O princípio da imparcialidade é causa de impedimento ou de suspeição do árbitro (art. 14), e até de nulidade da sentença arbitral (art. 32, incisos VI e VIII). Daí a necessidade da abertura ("*disclosure*") ou clareza a propósito de qualquer fato acarretante de dúvida sobre a imparcialidade ou independência do árbitro. Cabe, como se sabe, ao próprio árbitro esclarecer o fato (par. 1º do art. 14).

---

<sup>18</sup> Ver obra referida na nota anterior, p. 282.

Mais do que imparcial ou independente, é de conveniência, na arbitragem internacional, que o árbitro deva ser neutro. A respeito do órgão arbitral, conforme registro de Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Luis Fernandez de La Gándara:

Se dice que éste es perfectamente neutral, ya que no administra justicia en nombre de ningún Estado, su nombramiento y poderes proceden del acuerdo arbitral, y su imparcialidad se encuentra garantizada, si se adoptan ciertas precauciones, por ejemplo, en cuanto a la nacionalidad de los árbitros, el ordenamiento que deben aplicar o la sede en que deben actuar.<sup>19</sup>

No direito brasileiro, averba-se que as questões relativas à competência, suspeição ou impedimento dos árbitros, bem assim à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção da arbitragem, deverão ser argüidas na primeira oportunidade que tiver a parte de se manifestar, após a instituição da arbitragem. É o que prescreve o art. 20, *caput* da lei de arbitragem, ocorrendo, neste caso, na ausência da argüição uma preclusão meramente temporária, porquanto a matéria poderá ser apreciada pelo órgão do Poder do Judiciário na ação de nulidade da sentença arbitral, prevista no art. 33 da mesma lei. Exsurge essa conclusão da interpretação em conjunto do art. 20, § 2º, com o art. 32.

Convém deixar evidente, nesta passagem, que os árbitros não são advogados das partes. Mesmo quando indicados, não há um árbitro da parte X ou outro árbitro da parte Y. Ambos devem guardar o mesmo comportamento ético e jurídico, ou seja, a imparcialidade, a neutralidade e a independência.

Finalmente, encontramos, na lei de arbitragem, o princípio do livre convencimento. Trata-se de princípio imposto em todos países do mundo, ao lado do *audi alteram partem* ("l'arbitre doit donner à l'une et l'autre des parties la possibilité de faire valoir leurs arguments") e do *contradictoire* ("les preuves offertes par une des parties, et sur lesquelles

---

<sup>19</sup> In "El Arbitraje Comercial Internacional", Madrid, Editorial Tecnos, 1989, p. 39.

l'arbitre va fonder sa décision, doivent avoir été communiquées à l'autre partie pour que celle-ci ait la possibilité de les réfuter.") conforme informação e definições de René David, que assim se pronuncia sobre o tema ora abordado: "...l'arbitre doit fonder sa décision sur l'opinion qu'il s'est formée, et non sur celle d'un autre"<sup>20</sup>.

Sem dúvida, o árbitro deve decidir segundo os elementos constantes dos autos, ou seja do processo de arbitragem, porém, aprioristicamente, não há regras para avaliar tais elementos. A decisão é estribada em seu livre convencimento, decorrente das razões expostas pelas partes e das provas, estas colhidas a requerimento das partes e de ofício (art. 22, *caput*, da lei em comento). Nesse ponto, têm os árbitros a liberdade de investigação em busca da verdade real, não tendo maiores consequências a chamada preclusão processual. É a lição dos anteriormente lembrados, Chillón Medina e Merino Merchán:

Por 10 que se refiere a la preclusividad procesal, estimamos que no tiene predicamento en el procedimiento arbitral, en donde la verdad material debe jugar con tal fuerza que hace deba tener lugar el principio contrario a la preclusión; es decir, el de libertad de aportación, en virtud deI cual es posible presentar toda clase de hechos y pruebas hasta el final del procedimiento arbitral. En cambio, el principio de la inmediación procesal es deseable cumpla con su papel de conectar directa e inmediatamente al árbitro con los materiales y secuencias deI procedimiento arbitral. De esta manera, ellaudo emanará como resultado espontáneo de los hechos aportados y alegaciones invocados por las partes.<sup>21</sup>

O convencimento do árbitro deve ser racional e, por isso, fundamentado, ainda que o julgamento seja fundado na eqüidade. Assim exige a lei brasileira (art. 26, inciso II), em qualquer circunstância, ao contrário de algumas legislações que dispensam a motivação quando se cogita de arbitragem por eqüidade.

---

<sup>20</sup> In "L'arbitrage dans le Commerce International", Paris, Ed. Economica, Collection Études Juridiques Comparatives, 1982,p. 405.

<sup>21</sup> Ver na obra citada na nota 17, p. 189.



O princípio do livre convencimento do árbitro, ou seja o princípio da persuasão racional do julgador é vinculado à valoração da prova produzida no processo de arbitragem. Trata-se de regra geral de processo prevista na lei processual civil, em seu art. 131, deste teor: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento", aqui lembrado apenas como um fundamento à aplicação do princípio do livre convencimento na arbitragem.

Trata-se de norma de processo que dá liberdade ao julgador para apreciar a prova e valorá-la para efeito de seu convencimento, mas não permite a arbitrariedade ou imotivação na sua conclusão. Por isso as razões de seu convencimento devem ser indicadas. Daí a indispensabilidade da fundamentação do laudo arbitral. A indicação dos motivos é indispensável para a demonstração da racionalidade da persuasão dos árbitros. O princípio é de real importância, sendo seu desrespeito causa de nulidade da sentença arbitral (art. 32, incisos III e VIII)

A observância de tais princípios não significa o aprisionamento da arbitragem às formas do direito processual. Ao contrário, a arbitragem, mais do que o processo judicial, segue a moderna tendência à "deformalização do processo", e, assim, com um mínimo de cuidados, é possível conferir-se ampla garantia aos direitos das partes, guardando-se o respeito aos princípios básicos aqui enunciados, próprios do instituto da arbitragem e de seu processo, constitucionalmente assegurados no sistema jurídico brasileiro e elencados na própria legislação regente.